

É POSSÍVEL A APLICAÇÃO DE PENALIDADES AO FORNECEDOR QUE INTEGRA O CADASTRO DE RESERVA ANEXO À ATA DE REGISTRO DE PREÇOS APÓS SER CONVOCADO E SE RECUSAR A CELEBRAR CONTRATO COM A ADMINISTRAÇÃO?

Carlos Henrique Benedito Nitão Loureiro

Especialista em Direito Administrativo. Coordenador da Equipe Nacional de Licitações e Contratos – ENALIC. Procurador Federal da AGU.

As contratações da Administração Pública, por força de norma constitucional¹, como regra, devem ser precedidas de processo de licitação pública, que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes.

A Lei n. 8.666/1993 – Estatuto de Licitações e Contratos Públicos (ELCP) institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, estabelecendo *“normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”*².

Nesse contexto, para fins da análise a que se propõe o presente artigo, destacamos a norma prevista no art. 15³, e parágrafos, que apresenta as linhas gerais sobre o **registro de preços**, que foi regulamentado por meio do Decreto federal n. 7.892/2013.

Nesse ponto, cabe destacar que o registro de preços deve ser precedido de ampla pesquisa de mercado, de modo que a Administração, após planejamento da contratação que se pretende, ou seja, após a definição da sua necessidade, busque junto aos fornecedores informações sobre os objetos existentes, condições de sustentabilidade, qualidade, especificações técnicas, garantia, riscos, preços, etc.

Assim, percebe-se que a pesquisa de mercado não se limita à realização de pesquisa de preços. Esta é apenas um dos elementos que compõe

¹ Art. 37, XXI, Constituição Federal.

² Art. 1º, *caput*.

³ Lei n. 8.666/1993. Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão: § 1º O registro de preços será precedido de ampla pesquisa de mercado.

aquela. A pesquisa de mercado é elaborada para orientar a Administração no planejamento da futura contratação, para que o ente público possa identificar a melhor solução para atender a sua necessidade.

Nesse sentido, oportuno destacar a norma prevista no §1º, do art. 23, do ELCP, segundo a qual:

as obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, **procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado** e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala. (Grifo nosso).

Segundo o Decreto n. 7.892/2013, entende-se por **sistema de registro de preços** o *“conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos à prestação de serviços e aquisição de bens, para contratações futuras”*⁴.

Por conseguinte, observa-se que não se trata de modalidade licitatória, mas de procedimento especial vocacionado ao registro formal de preços para a realização de contratações futuras.

A doutrina especializada ensina que o

Sistema de Registro de Preços é um procedimento especial de licitação que se efetiva por meio de uma concorrência ou pregão sui generis, selecionando a proposta mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, para eventual e futura contratação pela Administração⁵.

Nesse contexto, o licitante apresenta sua proposta de preço para o item definido pela Administração, considerando a unidade de medida prevista no edital, por exemplo: edital para aquisição de 500 kg de café – proposta com preço para 1 kg de café.

Desse modo, o licitante mais bem classificado terá seus preços e quantitativos registrados na ata de registro de preços⁶. Isto é, não há assinatura imediata de contrato.⁷

⁴ Art. 2º, I.

⁵ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 32.

⁶ Registro formal do preço cotado pelo licitante para a unidade de medida ou para o lote definidos pela Administração.

⁷ Decreto n. 7.892/2013, art. 11, I.

Portanto, “*Registro de Preços significa a licitação não para compras imediatas, mas para eleição de cotações vencedoras, que, ao longo do prazo máximo de validade do certame podem ensejar, ou não, contratos de compra*”.⁸

Noutro rumo, o legislador, na luz do princípio constitucional da eficiência instituiu o mecanismo do **cadastro de reserva**, com o objetivo de compor lista de eventuais “substitutos” do licitante melhor classificado, no caso de impossibilidade de atendimento da necessidade administrativa pelo primeiro colocado da ata.

Assim, “*será incluído, na respectiva ata na forma de anexo, o registro dos licitantes que aceitarem cotar os bens ou serviços com preços iguais aos do licitante vencedor na sequência da classificação do certame (...)*”.⁹

Desta forma, o **cadastro de reserva** é formalizado mediante anexo à ata de registro de preços, observando-se a ordem de classificação na fase competitiva, **sendo composto pelos licitantes que manifestem vontade de fornecer bens ou prestar serviços, com os mesmos preços cotados pelo licitante vencedor**, caso este não cumpra com as obrigações pactuadas.

Assim sendo, tem-se que a adequação do preço cotado ao ofertado pelo primeiro classificado é requisito essencial para que os demais licitantes possam figurar no cadastro de reserva. Oportuno salientar que, além da redução dos preços, a proposta deve atender as especificações técnicas previstas no edital.

Desta forma, após homologação do certame, a Administração terá ao seu dispor **ata de registro de preços e quantitativos** do licitante melhor classificado e, sendo o caso, contará com **cadastro de reserva** composto pelos demais licitantes que aceitaram cotar os bens ou serviços com preços iguais ao do vencedor.

Nessa seara, destaque-se a norma prevista no art.14, do Decreto n. 7.892/2013, segundo a qual “*a ata de registro de preços implicará compromisso de fornecimento nas condições estabelecidas, após cumpridos os requisitos de publicidade*”.

⁸ RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Tullio. **Manual prático das licitações: Lei nº 8.666/93**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 227.

⁹ Decreto n. 7.892/2013, art. 11, II.

Neste ponto, surge o seguinte questionamento: **o compromisso de fornecimento aplica-se aos licitantes que compõe o cadastro de reserva?** Parece-nos que sim, salvo inexecuibilidade da proposta, devidamente comprovado, no momento da convocação para assinatura do contrato.

Pois bem. Quando a Administração opta pela utilização do sistema de registro de preços para atender as suas necessidades, pressupõe a realização de planejamento prévio, para identificar a solução adequada e previsão estimada dos quantitativos que poderão ser contratados.

Nesse rumo, percebe-se que a **boa-fé** é um dos elementos essenciais que norteiam a relação jurídica travada entre à Administração e os particulares interessados em contratar com aquela.

Ora, a conduta das partes deve ser orientada por uma “*diretriz principiológica de fundo ético e espectro eficaz jurídica*”.¹⁰ Segundo a doutrina, a boa-fé subjetiva consiste no estado de ânimo do sujeito que pratica determinado ato - *animus*; a boa-fé objetiva traduz-se em regra de comportamento, de conteúdo ético e juridicamente exigível.

Ademais, na luz da eticidade como elemento estruturante das relações jurídicas, a doutrina civilista ensina que

o contrato não se esgota apenas na obrigação principal de dar, fazer ou não fazer. Ladeando, pois, esse dever jurídico principal, **a boa-fé objetiva impõe também a observância de deveres jurídicos anexos ou de proteção**, não menos relevantes, a exemplo dos deveres de lealdade e confiança¹¹. (Grifo nosso).

Sabe-se que não há uma relação contratual com assinatura da ata de registro de preços, muito menos para com aqueles que constam no cadastro de reserva, anexo à ata. No entanto, todos os envolvidos em tais relações jurídicas ocupam posições específicas, **devendo ser leais aos compromissos**

¹⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017. pág. 406.

¹¹ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017. pág. 407.

assumidos, fomentando uma relação assentada na confiança que, por consequência, produz segurança jurídica.

No entanto, em tais situações a conduta das partes envolvidas é orientada pela boa-fé, notadamente no aspecto objetivo, de modo que a **Administração** promete realizar contratações futuras com o primeiro classificado no procedimento licitatório; o **licitante vencedor** assume a obrigação de fornecer os bens ou serviços pelos preços e quantidades registrados; os **particulares cadastrados** manifestam vontade em cotar o objeto com preços iguais ao do licitante vencedor.

Ora, sem a manutenção de tais compromissos sustentados pela boa-fé objetiva, que reclama das partes agir conforme a confiança depositada, nos termos da manifestação de vontade anterior, **salvo** situação na qual o preço registrado torne-se inferior ao do mercado e não possa ser cumprido em razão de sua inexecutabilidade.

Além disso, oportuno destacar que a **ata de registro de preços é documento vinculativo, de caráter obrigacional, cuja natureza se empresta, por extensão, ao cadastro de reserva** sob pena de esvaziamento de tal instituto e da não realização dos princípios da eficiência e da economicidade.

Some-se a isso o fato de que o **princípio da confiança legítima** irradia sobre a Administração, desautorizando a mobilização do aparato administrativo e a execução de despesas para a realização de procedimento licitatório para registro de preços sem qualquer desígnio.

Dito de outra forma, é ilegítima a promoção de licitação que não seja destinada a atender determinada finalidade pública. Não se admite que a Administração fomente falsas expectativas para as empresas que atuem no mercado, utilizando do sistema de registro de preços sem planejamento e sem motivação adequados.

Igualmente, **não se consente que o particular adote comportamento contraditório**, apto a frustrar a expectativa que gerou na outra parte (Administração), **mediante manifestação de vontade anterior**¹² (*será incluído, na respectiva ata na forma de anexo, o registro dos licitantes que*

¹² Teoria dos atos próprios – *venire contra factum proprium*.

aceitarem cotar os bens ou serviços com preços iguais aos do licitante vencedor na sequência da classificação do certame¹³).

Nesse sentido, ensina-nos a doutrina especializada que

pela máxima venire contra factum proprium non potest, determinada pessoa não pode exercer um direito próprio contrariando um comportamento anterior, devendo ser mantida a confiança e o dever de lealdade, decorrentes da boa-fé objetiva.^{14;15}

Outrossim, não considerar o caráter obrigacional e vinculativo do cadastro de reserva é medida irrazoável, que pode gerar os mais variados inconvenientes e prejuízos, diante da frustração do resultado a ser alcançado, ou seja, a não contratação da solução necessária para atender o interesse público.

Portanto, refutar o elemento obrigacional do cadastro de reserva equivale ao seu esvaziamento por completo, ou, ao menos, revesti-lo de insegurança jurídica, posto que a materialização dos compromissos por ele representados ficaria condicionada ao livre arbítrio do particular, que poderia refutá-los sem qualquer motivação.

Assim sendo, uma vez convocado pela Administração Pública para assinar contrato, o fornecedor que integra o cadastro de reserva não pode se recusar de forma injustificada, sob pena de aplicação das penalidades previstas na lei, no edital e na ata de registro de preços.

Nesse sentido, o Decreto n. 7.892/2013, prescreve que “**a recusa injustificada de fornecedor classificado em assinar a ata, dentro do prazo estabelecido neste artigo, ensejará a aplicação das penalidades legalmente estabelecidas**”.¹⁶

O que se entende por recusa injustificada do fornecedor? Parece-nos que, tal resposta será obtida a contrário *sensu*, ou seja, a recusa justificada está associada à inexecuibilidade da proposta no momento da convocação, quer

¹³ Decreto n. 7.892/2013, art. 11, II.

¹⁴ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 7ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método. 2017. pág. 424.

¹⁵ Enunciado n. 362 da IV Jornada de Direito Civil: *A vedação do comportamento contraditório (venire contra factum proprium) funda-se na proteção da confiança, como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil*.

¹⁶ Decreto n. 7.892/2013, art. 14, p. único.

dizer, no caso de preços inexequíveis, que são aqueles que **“não se revelam capazes de possibilitar a alguém uma retribuição financeira mínima (ou compatível) em relação aos encargos que terá de assumir contratualmente”**.¹⁷[G.N.].

Nessa seara, **cabe ao fornecedor demonstrar de forma objetiva a inexequibilidade de sua proposta a partir dos critérios definidos no edital**, uma vez que os critérios *“previstos nas normas legais, de aferição da exequibilidade das propostas possuem apenas presunção relativa, cabendo à administração propiciar ao licitante que demonstre a viabilidade de sua proposta”*.¹⁸

Contudo, em não sendo demonstrada a inexequibilidade da proposta, ou seja, não demonstrado que os preços que compõe a proposta cadastrada encontram-se abaixo dos praticados no mercado e, portanto, caracterizada a **recusa injustificada** do fornecedor, admite-se a aplicação das penalidades previstas no edital e na legislação de regência, diante do descumprimento do compromisso assumido.¹⁹

Lei n. 10.520//2002

Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

¹⁷ MENDES, Renato Geraldo. Lei Anotada. Zênite. 2017.

¹⁸ Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2.143/2013. Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler. DOU de 22.08.2013.

¹⁹ Lei n. 8.666/1993. Art. 81. A recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo estabelecido pela Administração, caracteriza o descumprimento total da obrigação assumida, sujeitando-o às penalidades legalmente estabelecidas.

Decreto n. 7.892/2013

Art. 14. A ata de registro de preços implicará compromisso de fornecimento nas condições estabelecidas, após cumpridos os requisitos de publicidade.

Parágrafo único. A recusa injustificada de fornecedor classificado em assinar a ata, dentro do prazo estabelecido neste artigo, ensejará a aplicação das penalidades legalmente estabelecidas.

Portanto, entende-se que:

(i) o conteúdo da eticidade, que é elemento estruturante das relações jurídicas, incide na fase pré-contratual sobre a manifestação de vontade das partes envolvidas;

(ii) sob a ótica da boa-fé, bem como a necessidade de preservação da lealdade aos compromissos assumidos, não se admite a prática de condutas contraditórias e incompatíveis entre si;

(iii) o cadastro de reserva tem natureza obrigacional, sob pena de esvaziamento dos seus objetivos e da não realização dos princípios da eficiência e da economicidade;

(iv) a recusa justificada do licitante está associada à inexecutabilidade da proposta no momento da convocação, que deve ser demonstrada de forma objetiva, a partir dos critérios definidos no edital;

(v) não sendo demonstrada a inexecutabilidade da proposta, fica caracterizada a recusa injustificada do fornecedor, admitindo-se a aplicação das penalidades previstas na legislação de regência, no edital e na ata de registro de preços, diante do descumprimento das obrigações assumidas.